

# **A CONCESSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO AOS MAGISTRADOS**

**Fábio Nilo Bagattoli**

**Juiz de Direito Substituto do TJSC**

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos antes da edição da LOMAN. 3. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos após a edição da LOMAN e antes do julgamento da AO n. 155-2/RS, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. A concessão da licença-prêmio no âmbito da Administração Pública. 5. As licenças-prêmios já concedidas frente à Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98. 6. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio no Estado de Santa Catarina. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

## **1. Considerações iniciais**

O presente trabalho nasceu de estudos realizados em processos administrativos de magistrados visando à contagem, em dobro, de períodos de licença-prêmio já concedidos.

Não se tem a pretensão de esgotar a matéria e tampouco de solucionar definitivamente a questão oriunda dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos a partir da vigência da Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Lei Complementar n. 35, de 14/3/79 —, até o julgamento da Ação Originária n. 155-2/RS, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 23/8/95.

Sua apresentação justifica-se ante a escassa literatura a respeito e visa, apenas, a apresentar elementos ao debate, de modo a permitir melhor análise acerca da controvérsia.

## **2. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos antes da edição da LOMAN**

Os períodos aquisitivos de licença-prêmio completados antes da vigência da Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, devem ser resguardados em respeito ao direito adquirido, não merecendo maiores considerações, até por tratar-se de questão ultrapassada.

Vale citar, apenas a título ilustrativo, que, na esfera administrativa, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já se pronunciou no sentido de que o magistrado que completou os períodos aquisitivos de licença-prêmio antes do advento da LOMAN tem direito à sua concessão, *verbis*:

“Licença-prêmio — Magistrado — Período anterior à vigência da LC n. 35, de 14/3/79 — Direito adquirido, posto que legal a sua época — Julgado do Supremo Tribunal Federal (Ação Originária n. 155-2, RGS, de 23/8/95), inaplicável ao caso concreto — Pedido deferido.

“Anteriormente à Lei Orgânica da Magistratura (LC n. 35/79), que não mais contemplou os Juízes com direito à licença-prêmio (art. 69), legal era o seu deferimento aos Magistrados, posto que se lhes aplicava subsidiariamente o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, concessivo da licença especial aos servidores em geral”<sup>1</sup>.

## **3. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos após a edição da LOMAN e antes do julgamento da AO n. 155-2/RS, pelo Supremo Tribunal Federal**

A questão torna-se mais complexa, merecendo, assim, maior atenção em seu exame, nas hipóteses dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos a partir da vigência da Lei Complementar n. 35/79, mesmo porque apenas essa hipótese, por óbvio, é a que se verifica atualmente.

Em 23/8/95, o Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Ação Originária n. 155-2/RS por seu Tribunal Pleno, decidiu que “Peran-

te a enumeração exaustiva do art. 69 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79), ficaram revogadas as leis estaduais concessivas do direito de licença-prêmio ou especial aos magistrados, aos quais, igualmente, não se aplicam as normas que confirmam esse mesmo direito aos servidores públicos em geral”<sup>2</sup>.

Cumpra acrescentar, entretanto, que, em decisão anterior da sua Primeira Turma, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível a concessão de gratificação de substituição aos juízes substitutos correspondente à média mensal das quantias efetivamente auferidas nos últimos 12 meses nas férias e licenças-prêmios<sup>3</sup>. Infere-se do julgado, assim, que o Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenha dito expressamente, admitia a concessão da licença-prêmio aos magistrados, tanto que permitia que o magistrado substituto percebesse a gratificação de substituição nas férias e licenças-prêmios.

A Lei Complementar n. 35, de 14/3/79, por sua vez, é omissa ao impor a limitação expressa às hipóteses de concessão de licenças, prevenindo apenas a impossibilidade de “*concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias*” nela não previstas, segundo os arts. 65, § 2º, e 145, *caput*.

O art. 65, § 2º, dispõe:

“É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente Lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados”.

O *caput* do art. 145, por sua vez, preceitua:

“*As gratificações e adicionais atualmente atribuídos a magistrados, não previstos no art. 65, ou excedentes das percentagens e limites nele fixados, ficam extintos e seus valores atuais passam a ser percebidos como vantagem pessoal inalterável no seu quantum, a ser absorvida em futuros aumentos ou reajustes de vencimentos*” (grifo não constante do original).

A LOMAN destina capítulos próprios e distintos tanto para as denominadas “vantagens pecuniárias” (Capítulo I do Título IV) bem como às “licenças” (Capítulos III do Título IV) sendo a vedação do § 2º do art. 65 da LOMAN destinada especificamente às primeiras, sem qualquer referência às segundas.

Acrescente-se, ainda, que, se a LOMAN, ao contrário do que fez às “vantagens pecuniárias”, não prevê disposição normativa restringindo as hipóteses de concessão de licenças, é vedado ao intérprete da lei restringir a aplicação de licenças por ela não previstas.

Washington de Barros Monteiro preleciona:

“A doutrina e a jurisprudência estabeleceram vários e preciosos preceitos interpretativos: (...) e) – onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir; (...) i) – urge se considere o lugar onde está colocado o dispositivo, cujo sentido deve ser fixado”<sup>4</sup>.

E como lembra Carlos Maximiliano:

“Os títulos, as epígrafes e as rubricas da lei em conjunto, ou de capítulo ou parágrafo, não fazem parte, propriamente, da norma escrita, não foram discutidos nem votados, não contêm uma regra explícita. Entretanto, foram presentes aos legisladores e aceitos como acessórios da lei, destinados a indicar a ordem e a correlação entre as suas partes.

*“Deve-se presumir ser a epígrafe oportuna, expressiva, regular; na falta de argumento sólido em contrário, admite-se que apenas compreende o objeto exato da norma, e, portanto, serve para deduzir o sentido e o alcance desta”*<sup>5</sup>.

E, após, ressalta:

“Tomada a interpretação sob o aspecto formal ou técnico-sistemático, deve-se ter em vista, acima de tudo, o lugar em que um dispositivo se encontra. *Especialmente das relações com os parágrafos vizinhos, o instituto a que pertence o conjunto da legislação se deduzem conclusões de alcance prático, elementos para fixar as raiais de domínio da regra positiva*”<sup>6</sup>.

Assim, não se tratando de lei revogando a possibilidade de concessão da licença-prêmio ao magistrado, já que a Lei Orgânica da Magistratura não a proíbe expressamente, a questão gira tão-somente na exegese jurisprudencial acerca da admissibilidade de aplicação subsidiária de normas diversas das contidas na LOMAN no que tange à concessão de vantagens aos magistrados.

Até 23/8/95 inexistia posição categórica do Excelso Pretório negando a possibilidade de concessão. Ao contrário, mesmo implicitamente, o Supremo Tribunal admitia sua concessão.

Inexistindo proibição legal expressa, e não havendo até então declaração do Órgão máximo do Poder Judiciário acerca da matéria, nada obstava fossem legalmente concedidas licenças-prêmios aos magistrados.

A decisão do STF, diga-se de passagem, não tem efeito *erga omnes*, e tampouco de desconstituir relações jurídicas firmadas, que já integram o patrimônio jurídico do indivíduo.

*In casu*, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1995, o entendimento era da legalidade da concessão da licença-prêmio a magistrado. Destarte, as averbações ocorridas até a data da referida decisão merecem ser resguardadas em respeito ao direito adquirido.

Se, ao tempo da concessão da licença-prêmio, a utilização subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Lei n. 6.745/85) era admitida como legal, não podem os Tribunais, como entidades da Administração Pública, sob o argumento de haver alterado o entendimento acerca da matéria, desconstituir relações jurídicas já consolidadas, mesmo que o entendimento do Supremo Tribunal, atualmente, seja no sentido de não se aplicar a legislação do funcionalismo público em geral aos magistrados, quanto à concessão de licença-prêmio.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, administrativamente, já se manifestou:

“Processo administrativo. Magistrado que requer aposentadoria por ter cumprido o interstício temporal. Averbação em dobro das licenças-prêmio não gozadas. Possibilidade. Pedido administrativo deferido em 1991. Situação consolidada que não pode ser atingida pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal, datadas de 1995, que vedaram, de conformidade com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a concessão de licença-prêmio aos magistrados. Pedido deferido”<sup>7</sup>.

A impossibilidade reconhecida pelo Excelso Pretório, ademais, refere-se à *concessão* da licença-prêmio ao magistrado, e não ao direito de *usufruir* licença *já concedida anteriormente*, quando este não possuía a condição de magistrado e o entendimento pretoriano não vislumbrava óbice em sua concessão.

Com o deferimento e posterior averbação na ficha funcional do magistrado — atos individuais e unilaterais da Administração Pública —, o direito à licença-prêmio integra-se ao patrimônio do magistrado, transformando-se em atos jurídicos perfeitos que não podem ser por ela olvidados.

Segundo dispõe o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

E na lição de Beviláqua, citado por R. Limongi França:

“O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado o ato jurídico (...) o direito adquirido, dele oriundo, desapareceria por falta de título ou fundamento. Assim, a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador”<sup>8</sup>.

No sistema jurídico pátrio, mesmo a lei de ordem pública submete-se ao dever de respeitar o direito adquirido, sob pena de, não o fazendo, negar vigência à Constituição Federal quando garante sua proteção no inciso XXXVI do art. 5º.

Aliás, na história do direito brasileiro, a regra geral sempre pairou na irretroatividade das leis e, mesmo quando a admite, a retroatividade opera-se de forma limitada, resguardando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

R. Limongi França, aliás, explicita:

“entre nós, há século e meio, mesmo durante a vigência da Carta de 1937 e da redação primitiva do art. 6º da Lei n. 4.657, de 1942, a regra é a irretroatividade, e a retroatividade a exceção — e assim mesmo quando expressa”<sup>9</sup>.

E acrescente-se, outrossim, que, no caso, não há determinação no sentido de ser aplicado retroativamente o entendimento pretoriano adotado pelo Excelso Pretório em 1995.

#### **4. A concessão da licença-prêmio no âmbito da Administração Pública**

Administrativamente, é na ficha funcional do servidor que o Estado assenta as relações jurídicas referentes à esfera individual daquele. Uma vez praticado e averbado o ato, ele passa a surtir efeitos jurídicos em relação ao servidor, os quais, como visto, não podem ser desconsiderados pela Administração.

Ainda pelo princípio da autotutela, a atuação da Administração Pública encontra limites no direito adquirido, justamente para, em nome da segurança e da ordem das relações jurídicas, resguardar não só os direitos como os deveres dos administrados advindos dos atos por ela praticados.

Segundo José Eduardo Martins Cardozo, o princípio da autotutela, que orienta a atuação da Administração Pública “pode ser definido como aquele que outorga à Administração Pública a prerrogativa de anular administrativamente seus atos sempre que estejam em desacordo com a lei, ou de revogá-los sempre que se mostrem inconvenientes ou inoportunos aos interesses públicos”<sup>10</sup>.

E acerca da segurança jurídica, Brasilino Pereira dos Santos, Procurador Regional da República e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, esclarece:

“O princípio da segurança jurídica postula que os direitos subjetivos gerados por uma norma jurídica devem perdurar mesmo após a revogação de tal norma, preservando-se, por força do próprio princípio da estabilidade das relações jurídicas, a situação jurídica criada para o indivíduo”<sup>11</sup>.

Segundo a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

“A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originaram direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, *respeitados os direitos adquiridos*, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (grifo não constante do original).

Vale frisar, não se trata de ato nulo, pois, até a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 23/8/95, a concessão de licença-prêmio a magistrado era considerada legal e, portanto, válida e eficaz. Vale novamente ressaltar: a questão restringe-se apenas à exegese jurisprudencial acerca da admissibilidade de aplicação subsidiária de normas diversas das contidas na LOMAN no que tange à concessão de vantagens aos magistrados.

A possibilidade jurídica da Administração Pública, de mudar o entendimento acerca da matéria, reside no poder que possui de revogar os atos administrativos, na medida de sua conveniência ou oportunidade, já que, na lição de Hely Lopes Meirelles, “A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa. É, a nosso ver, uma justiça interna, através da qual a Administração ajuíza da conveniência, oportunidade e razoabilidade de seus próprios atos, para mantê-los ou invalidá-los segundo as exigências do interesse público, sem necessidade do contraditório”.

Mas adverte:

“Em princípio, todo ato administrativo é revogável, mas motivos óbvios de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades do Poder Público impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração”<sup>12</sup>.

E por tratar-se de ato individual, que, segundo o autor citado, dirige-se a destinatários certos “criando-lhes situação jurídica particular”<sup>13</sup>, a revogação não pode incidir sobre aqueles que geraram direito subjetivo ao destinatário.

Direito subjetivo, segundo o mestre Hely, “se deve entender aquela situação decorrente de ato válido e exequível que coloque de um lado alguém obrigado a dar, prestar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa e de outro lado alguém que possa exigir essa ação ou abstenção, no seu interesse próprio, por meios judiciais”<sup>14</sup>.

E na lição de José Afonso da Silva:

“(…) é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente”<sup>15</sup>.

A própria análise acerca da conveniência e oportunidade da Administração em revogar seus atos visa, em face dos atos anteriormente praticados, a evitar que, em hipóteses vindouras, as situações criadas em razão desses atos não voltem a se repetir.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito ‘hoje’ sobre o que foi produzido ‘ontem’, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração”<sup>16</sup>.

É, assim, um juízo de valor voltado ao futuro, objetivando, a partir desse momento, evitar as consequências jurídicas originadas dos atos até então praticados, por entender a Administração Pública serem inconvenientes e inoportunos, embora legalmente editados.

E conclui o autor acima:



“A revogação suprime um ato ou seus efeitos, *mas respeita os efeitos que já transcorreram; portanto, o ato revogador tem eficácia ex nunc, ou seja, desde agora, ao contrário da invalidação, que opera ex tunc, isto é, desde então, retroativamente.*

“A revogação não desconstitui efeitos passados. Apenas, ao atingir um ato ainda ineficaz, impede que este venha a gerar efeitos. Ou, então, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento. *Faz com que termine um ciclo de conseqüências jurídicas próprias da relação criada pelo ato. Finaliza a seqüência de efeitos por ele produzida. Põe um paradeiro neles ao encerrar aquela relação jurídica.*

“Isto sucede, consoante se indicou, toda vez que a Administração volta a dispor sobre algo que já fora objeto de anterior provimento. Ao modificar ou simplesmente estatuir que elimina o provido anteriormente, estará efetuando uma revogação”<sup>17</sup>.

Quanto à revogação dos atos administrativos individuais, Hely Lopes Meirelles conclui na mesma vertente:

“Quanto aos atos administrativos especiais ou individuais, são também, em tese, revogáveis, desde que seus efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, *mas ocorre que esses atos podem tornar operantes e irrevogáveis desde a sua origem ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão.* E tais são os que geram direitos *e os que transpõem os prazos dos recursos internos,* levando a Administração a decair do poder de modificá-los ou revogá-los. *Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo torna-se irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência.*

“Em qualquer dessas hipóteses, porém, consideram-se válidos os efeitos produzidos pelo ato revogado até o momento da revogação, quer quanto às partes, quer em relação a terceiros sujeitos aos seus efeitos reflexos”<sup>18</sup>.

A impossibilidade de averbação em dobro implica, assim, no malferimento de direito adquirido do magistrado, pois, concedida e averbada a licença-prêmio na sua ficha funcional, o direito de usufruí-la integra-se ao seu patrimônio, não podendo a Administração Pública desconsiderá-la a pretexto de alteração de seu entendimento acerca da matéria.

E como relembra Brasilino Pereira dos Santos:

“No caso da licença-prêmio sempre foi livre a opção do titular do direito gozá-la, como licença, ou permanecer trabalhando e contar em dobro o tempo não gozado. Se qualquer autoridade recusasse o direito ao gozo ou ao cômputo em dobro, no momento da aposentadoria, o servidor

poderia, sempre, recorrer às vias judiciais, inclusive via mandado de segurança, por se tratar de direito líquido e certo, bastando a prova documental de possuir licença-prêmio e lhe estar sendo recusado o direito de seu cômputo em dobro, para fins de aposentadoria”<sup>19</sup>.

Desse modo, outrossim, eventual pedido de desaverbação de período de licença-prêmio já contado em dobro, para gozo e conversão em pecúnia de parte do período, ou somente para gozo, também é possível, já que se tratam de efeitos decorrentes do próprio direito à licença, não havendo, diante disso, interesse da Administração, porquanto somente ao administrado cabe o direito de escolher o que melhor lhe convier.

## 5. As licenças-prêmios já concedidas frente à Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98

A Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, acrescentou o § 10 ao art. 40 da Carta Federal, proibindo a criação de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício e estendendo a aplicabilidade do preceito aos magistrados pela alteração do inciso VI do art. 93 da Constituição.

Tal norma, entretanto, não pode afrontar a proteção dada pelo Poder Constituinte originário ao direito adquirido dos magistrados que a detém averbada em seus assentos funcionais até 23/8/95, e, por óbvio, antes da promulgação da mencionada Emenda.

Ressalte-se, também, que a averbação em dobro e sua conversão em pecúnia são efeitos legalmente previstos da licença-prêmio (no Estado de Santa Catarina, até a edição da Lei Complementar n. 36/91) e que, portanto, não pode ser suprimida. Tratando-se de direito adquirido, *“este direito não pode ser desrespeitado por força de mera interpretação — de conveniência — de emenda constitucional posterior”*<sup>20</sup>.

Na hierarquia das leis, as emendas constitucionais, uma vez aprovadas e promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, passam a integrar a Lei Fundamental, detendo a mesma validade e eficácia das demais normas ali constantes. Todavia, por derivarem do Poder Reformador, sua edição encontra-se sujeita às disposições existentes na própria Constituição, que se constitui na personificação da vontade do Poder Constituinte originário, que visam a regulamentar sua auto-reforma.

Oportuno o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da matéria:

“Em termos jurídicos, *o poder constituinte é ilimitado*. Donde, o que for por ele decidido — não importa o quão chocante ou abstruso possa ser — do ponto de vista do direito positivo é insuscetível de questionamento, já que a normatização por ele instaurada tem, por definição, *caráter inaugural em sentido absoluto. É a fonte de validade da ordem jurídica. É a origem do Direito. É seu termo de referência, pois não se encarta nem precisa se reportar a qualquer norma anterior que a sustenha ou autorize*. Sustenta-se em si própria. Logo, nenhuma pretensão jurídica lhe poderia ser oposta, exatamente porque, para dizer-se jurídica, teria de estar referenciada direta ou indiretamente na própria Constituição. Assim, é óbvio que nada se lhe pode contender, no plano do direito positivo.

“Justamente disto lhe advém a diferença profunda, qualitativa, em relação às Emendas Constitucionais ou a qualquer produção normativa subsequente.

“As Emendas Constitucionais apresentam em relação à Constituição um traço de similitude e um traço de dessemelhança.

“O traço de similitude é o de que suas disposições são hierarquicamente superiores às leis ou a qualquer produção normativa alocada em posição subsequente na pirâmide jurídica, pois se parificam nisto, integralmente, às disposições constitucionais, tanto que, se nelas validamente integradas, comporão o corpo da Lei Magna, à moda de quaisquer outras ali residentes e no mesmo pé de igualdade com as demais.

“Já, seu traço de dessemelhança visceral — e que as faz qualitativamente distintas da produção constituinte, como se disse — reside em que, ao contrário do fruto do labor constituinte, *elas não são originárias, não são inaugurais em sentido absoluto, não são a fonte primeira da juridicidade, não são o primeiro e incontendível termo de referência de toda a ordem jurídica. Com efeito, elas sofrem as limitações que lhes advém da própria Constituição. Para serem válidas, estão referenciadas à própria Constituição que modificam e é nela que encontram a fonte de validade para promoverem as alterações que façam*. Em suma: é porque a Constituição permite ser tocada, mexida, é que as Emendas Constitucionais podem ser validamente produzidas. Fora daí seriam inconstitucionais.

“(…)

“A mera circunstância de as Emendas, quando validamente editadas, adquirirem a mesma supremacia da Constituição, na qual se integram e dissolvem, não lhes confere a potencialidade incontrastável que é apanágio do poder constituinte, único gerador de normas que prescindem

de qualquer apoio jurídico que não aquele que — ele próprio — a si mesmo outorga”<sup>21</sup>.

E, após, o autor adverte:

“É certo que, a pretexto de efetuar Emendas Constitucionais, o legislador ordinário — o que não recebeu mandato constituinte e cuja posição é juridicamente subalterna — poderia, inclusive, em comportamento ‘de fato’, não jurídico, derrocar a Constituição, por si mesmo ou tanguado por algum caudilho, travestido ou não de democrata (ou este vier a fazê-lo por si próprio). Diante de evento de tal natureza, as medidas que fossem impostas perderiam o caráter de Emendas. Converter-se-iam, então, elas próprias, em novo exercício do Poder Constituinte, tal como ocorreria após revoluções ou golpes de Estado ou, ainda, nas hipóteses em que é efetuada a convocação de uma Constituinte que vem a produzir nova Lei Magna. É claro, entretanto, que nas situações deste jaez estaria rompida a ordem constitucional vigente e inaugurada outra.

“Assim, não há duvidar que, dentro dos quadros constitucionais, *uma Emenda Constitucional não é senão o fruto de uma autorização constitucional e por isto mesmo, para ser válida, tem que se conter nos limites juridicamente ontológicos daquilo que é uma simples Emenda e não um poder constituinte propriamente dito*”<sup>22</sup>.

Vale citar, outrossim, o despacho proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança n. 21.642, proferido em 21/1/93, e no qual preleciona:

“Convém ressaltar, neste ponto, que mesmo as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas, quanto à análise de seu conteúdo material e quanto ao exame dos pressupostos de sua formação, da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. *O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar.* As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘Curso de Direito Constitucional’, pág. 26, item 15, 18ª ed., 1990). A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar, desde logo, a *judicial review*, que constituirá, nesse

contexto, o instrumento de preservação e de restauração da vontade emanada do órgão exercente das funções constituintes primárias”<sup>23</sup>.

Tais limites encontram-se disciplinados no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e em cujo inciso IV dispõe:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

“(…)

“§ 4º — Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“(…)

“IV — os direitos e garantias individuais”.

Destarte, incluído o direito adquirido no rol de direitos individuais resguardados pela Carta Magna (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88), sua observância constitui em dever tanto da legislação infraconstitucional, como das emendas constitucionais, sob pena de ser-lhe atribuída a pecha de inconstitucionalidade.

Oportuna, ainda, a lição de José Afonso da Silva quanto à proteção dispensada pela Carta Constitucional de 1988, ao direito adquirido:

“A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

“Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro. Seu limite temporal pode ser nela mesma demarcado ou não. Seu texto, às vezes, delimita o tempo durante o qual ela regerá a situação fática prevista. Outras vezes ela é feita para regular situação transitória, decorrida a qual perde vigência e, conseqüentemente, a eficácia.

“O mais comum, contudo, é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a revogue expressa ou tacitamente. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa.

*“A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado direito subjetivo, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido. Se vem lei nova, revogando aquela sob cujo império se formara o direito subjetivo, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirá sobre ele. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o império da lei velha, ou, ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É essa colidência de normas no tempo que entra na proteção dos direitos subjetivos que a Constituição consagra no art. 5º, XXXVI, sob o enunciado de que lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>24</sup>.*

Em suma: o ingresso do direito à licença-prêmio no patrimônio do magistrado gera em seu favor o direito subjetivo a usufruí-la. Mesmo com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, é defeso à Administração Pública, com base nela, negar a possibilidade daquele de gozá-la ou averbá-la em dobro, sob pena de afronta ao direito adquirido, tutelado em normas da Constituição Federal editadas pelo Poder Constituinte originário.

Sobre a matéria, Brasilino Pereira dos Santos leciona:

*“Se o direito a gozar ou contar em dobro o período de licença-prêmio existia e tinha validade e eficácia antes da edição da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, esta não tem autoridade para suprimi-lo, porque entre os seus limites de eficácia, relativamente ao ordenamento jurídico precedente, incluem-se os direitos e garantias individuais, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, do rol dos ‘direitos e garantias fundamentais’ inscritos no Título II da Lei Magna, no sentido de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.*

*“(…)*

*“Este direito ao gozo ou ao cômputo em dobro constitui direito potestativo do servidor, que era, como é, irrecusável, pois independia, como ainda independe, para ser exercido, de qualquer condição ou do arbítrio de quem quer que seja, a partir do momento em que completado o decênio ou o quinquênio de serviço público, nas condições estipuladas pelo ordenamento jurídico vigente antes da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998”<sup>25</sup>.*

Ademais, segundo o art. 3º da Emenda n. 20/98, “É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem co-

mo aos seus dependentes, *que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente*” (grifo não constante do original).

E o art. 4º da referida Emenda, por sua vez, dispõe:

“Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, *o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição*” (grifo não constante do original).

Inferese do teor dos dispositivos invocados que a própria Emenda n. 20/98, em respeito ao direito adquirido, resguarda as situações consolidadas com base na legislação anterior.

É como conclui Brasilino Pereira dos Santos quando preleciona:

“Para nós, a própria Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, em seus arts. 3º e 4º, quando trataram da questão da contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria, mandaram, implicitamente, estas garantias constitucionais, aliás, como o não poderia deixar de ser, e com absoluta coerência ao princípio da segurança jurídica (...).

“Nota-se que o art. 4º não fez a distinção entre tempo fictício e não fictício e nem o § 10 do art. 40, pois nele não há referência à lei anterior. Nele está escrito:

‘§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’.

“O verbo *poder* está conjugado no futuro *poderá*, por isso que está a se referir à lei que vier a ser editada depois ‘não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’. Mas e as Constituições anteriores? Continham semelhante norma? Não? Então, a norma de emenda constitucional posterior não pode invalidar as leis anteriores, baixadas sob o pálio das Constituições anteriores e da própria Constituição de 1988.

“Enfim, temos que um dos direitos assegurados pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, em respeito à legislação anterior, foi o direito adquirido à aposentadoria por tempo de serviço, equiparada à aposentadoria por tempo de contribuição instituída por esta Emenda, independente de se tratar de tempo de serviço simples ou em dobro, pois, feita esta distinção, ferir-se-ia o direito adquirido.

“(…)”

“Como visto, pensamos que o próprio art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, ao dispor que ‘o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição’, torna inócua a interpretação oficial que defende a proibição do cômputo em dobro do tempo de licença-prêmio não gozada, para fins de aposentadoria, no caso de o tempo de serviço para este fim vier a se completar somente depois de 15 de dezembro de 1998.

“(…)

“Para nós, é indiscutível a existência de evidente lesão a direito líquido e certo dos servidores a ensejar a concessão de mandado de segurança, a fim de que seja respeitada a Lei Maior.

“A clareza do artigo 3º da EC n. 20 dispensa quaisquer outras ponderações a respeito de ser devida a contagem em dobro do período de licença-prêmio para efeitos de aposentadoria.

*“Com efeito, a Emenda Constitucional n. 20 resguardou o instituto do direito adquirido, deixando claro que os fatos ocorridos até a data de sua publicação seriam regidos pela legislação então vigente.*

“Só este dado seria suficiente para demonstrar que a referida Emenda veio para operar efeitos *ex nunc*, não havendo fundamento razoável, portanto, para que a Administração Pública continue criando dificuldades para a aplicação do texto constitucional, insistindo na tese de que com o advento da EC n. 20 não mais poderá ser considerado para efeito de contribuição qualquer tempo fictício, caso da licença-prêmio contada em dobro, independentemente da data em que o direito foi aperfeiçoado”<sup>26</sup>.

## **6. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio no Estado de Santa Catarina**

Neste Estado, cumpre ressaltar a existência da Lei Complementar Estadual n. 36, de 18 de abril de 1991, que, em seu art. 2º, *caput*, proíbe a conversão em pecúnia e a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio, cujos efeitos, entretanto, não podem incidir sobre as licenças concedidas anteriormente à edição da lei, sobre as quais pairam a proteção constitucional dispensada ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, como visto alhures.



No entanto, não há que se falar em direito adquirido ao cômputo em dobro da licença, nem à conversão em pecúnia, quando o período aquisitivo do direito à licença-prêmio ter sido concluído quando já em vigor a mencionada Lei Complementar n. 36/91, que limitou as possibilidades de usufruir a licença. Até a conclusão do seu período aquisitivo existia apenas mera expectativa de direito de averbá-la em dobro ou de convertê-la em pecúnia.

Na lição de R. Limongi França, expectativa de direito “é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”<sup>27</sup>.

A possibilidade de o magistrado contar em dobro ou converter em pecúnia período de licença-prêmio subordina-se, por óbvio, à anterior aquisição do próprio direito à licença-prêmio, sem o que inviável cogitar-se da referida contagem já que dela decorrente.

Isso não quer dizer que, uma vez concedida a licença após a Lei Complementar n. 36/91, não possua direito de gozá-la, desde que incorporado tal direito ao seu patrimônio antes da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu incabível a concessão aos magistrados, de 23/8/95, e da Emenda Constitucional n. 20, de 15/18/98.

## 7. Conclusão

A Lei Orgânica da Magistratura — Lei Complementar n. 35, de 14/3/79, não prevê expressamente a impossibilidade de concessão da licença-prêmio ao magistrado, centrando-se a questão tão-somente na exegese jurisprudencial acerca da admissibilidade de aplicação subsidiária de normas diversas das contidas na LOMAN, no que tange à concessão de vantagens aos magistrados.

Inexistindo proibição legal expressa e não havendo, até então, declaração do Órgão máximo do Poder Judiciário acerca da matéria, nada obstava fosse legalmente concedida licença-prêmio aos magistrados. Mesmo que o Supremo Tribunal entenda, agora, não se lhes aplicar a legislação do funcionalismo público em geral, é defeso aos demais Tribunais, como entidades da Administração Pública, sob o argumento de haver alterado o entendimento acerca da matéria, desconstituir relações jurídicas já consolidadas quando, ao tempo da concessão da licença-prêmio, a utilização subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Lei n. 6.745/85) era admitida como legal.

Ademais, a impossibilidade reconhecida pelo Excelso Pretório refere-se à concessão da licença-prêmio ao magistrado e não ao direito de usufruir licença já concedida anteriormente quando o magistrado não possuía esta condição e o entendimento pretoriano não vislumbrava óbice à sua concessão.

As concessões de licença-prêmio aos magistrados não se constituem atos nulos, pois até a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 23/8/95, a hipótese era considerada legal. Assim, a atuação dos demais Tribunais em rever o entendimento acerca da matéria repousa no poder discricionário que detém de revogar os atos, na medida de sua conveniência ou oportunidade e decorrente do princípio da autotutela. Tal princípio, entretanto, encontra limites no direito adquirido, justamente para, em nome da segurança e da ordem das relações jurídicas, resguardar não só os direitos como os deveres dos administrados, advindos dos atos por ela praticados.

Tratando-se de ato individual, dirigido a destinatários certos, a revogação das licenças-prêmios concedidas a magistrados não pode incidir sobre situações jurídicas particulares já firmadas, a pretexto da alteração de seu entendimento acerca da matéria.

Mesmo com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, é defeso à Administração Pública, com base nela, negar a possibilidade daquele de gozá-la ou averbá-la em dobro, sob pena de afronta ao direito adquirido, tutelado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e fruto do Poder Constituinte originário. Aliás, a própria Emenda n. 20/98, em respeito ao direito adquirido, resguarda as situações consolidadas com base na legislação anterior, segundo o teor dos seus arts. 3º e 4º.

No Estado de Santa Catarina, entretanto, com a edição da Lei Complementar Estadual n. 36, de 18/4/91, as possibilidades de usufruir a licença-prêmio foram reduzidas. A partir dessa lei, é vedada a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio, bem como sua conversão em pecúnia. Em assim sendo, concluído o transcurso do período aquisitivo de licença-prêmio quando já em vigor a Lei Complementar n. 36/91, resta ao magistrado apenas a possibilidade de gozá-la.

Assim, até a conclusão do período aquisitivo da licença-prêmio, existia apenas mera expectativa de direito de averbá-la em dobro ou de convertê-la em pecúnia.

## 8. Bibliografia

1. Processo Administrativo n. 96.009037-1, da Capital, relator Des. Alcides Aguiar, julgado em 20/11/96, votação unânime.
2. Relator Ministro Octávio Gallotti, publicado no DJU de 10/11/95, p. 38.310.
3. RE n. 93.149/SC, Primeira Turma, relator Min. Soares Muñoz, votação unânime, julgado em 18/11/80, publicado no DJU de 5/12/80, p. 10.358.
4. Curso de Direito Civil, 1º volume, 30ª ed., 1991, p. 37.
5. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª ed., 1997, p. 266, grifo não constante do original.
6. *Op. cit.*, p. 269, grifo não constante do original.
7. Processo Administrativo n. 119539-99.5, relator Des. Genésio Nolli, votação unânime, data da decisão: 15/9/99.
8. A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido, 5ª ed., 1998, p. 220.
9. *Op. cit.*, pp. 214/215.
10. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional 19/98), *in* Os 10 anos da Constituição Federal, Alexandre de Moraes, Coordenador, Ed. Atlas, 1999, p. 181.
11. O Direito Adquirido à Contagem em Dobro da Licença-Prêmio, *in Jus Navigandi* — [www.jus.com.br/doutrina/ec20licpr.html](http://www.jus.com.br/doutrina/ec20licpr.html).
12. Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., 1999, pp. 184/185.
13. *Op. cit.*, p. 146.
14. *Op. cit.*, p. 185, nota de rodapé n. 86.
15. Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª ed., 2000, p. 434.
16. Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, 1999, p. 325.
17. *Op. cit.*, p. 326, grifo não constante do original.
18. *Op. cit.*, p. 185, grifo não constante do original.
19. *Jus Navigandi*, *op. cit.*

20. Brasilino Pereira dos Santos, O Direito Adquirido à Contagem em Dobro da Licença-Prêmio, *in Jus Navigandi, op. cit.*
21. *Op. cit.*, pp. 211/212, grifos não constantes do original.
22. *Op. cit.*, pp. 212/213.
23. RDA 191/201, grifo não constante do original.
24. *Op. cit.*, pp. 433/434, grifo não constante do original.
25. *Jus Navigandi, op. cit.*
26. *Jus Navigandi, op. cit.*, grifo não constante do original.
27. *Op. cit.*, p. 226.